

O conteúdo dos direitos fundamentais: considerações acerca da estrutura e da eficácia normativa

Felipe Silva Noya*

Sumário

Introdução; 2 Questões terminológicas; 3 Princípios, regras e postulados; 4 A estrutura normativa dos direitos fundamentais; 5 Os direitos fundamentais como direitos subjetivos; 6 Eficácia e exigibilidade dos direitos fundamentais; Conclusão; Referências.

Introdução

A presente pesquisa busca tecer algumas considerações acerca da estrutura e da eficácia das normas de direitos fundamentais.

Para cumprir tal desiderato, buscamos, em primeiro lugar, esclarecer questões terminológicas que envolvem grande confusão na denominação desses direitos, mas que vem sendo clarificada pela doutrina que busca uma sistematização no uso dos termos comumente utilizados para designar os direitos fundamentais.

A partir desse ponto, passamos ao estudo da sua estrutura normativa formulando breves comentários sobre a distinção entre regras, princípios e postulados, em especial aquela trazida por Robert Alexy e Humberto Ávila para só então adentrarmos na estrutura normativa das normas objeto da pesquisa.

Com essas premissas examinamos a natureza dos direitos fundamentais como direitos subjetivos e a essencialidade ou não de se considerar a existência de um dever que lhe é intrinsecamente correlato seguindo, como consequência, para os questionamentos sobre a sua eficácia, em especial face à escassez de recursos.

Que o esclarecimento sobre esses temas afigura-se de grande importância é despidendo ratificar tanto pelos constantes equívocos na interpretação/aplicação na *praxis forense* das normas de direitos fundamentais como pela ausência de uma apreensão harmônica pela doutrina.

Atento a isto, buscamos, no texto que se segue, fixar algumas conclusões sobre o problema proposto.

2 Questões terminológicas

Juntamente à expressão direitos fundamentais, a doutrina vem se utilizando de outros vocábulos para indicar as mesmas espécies normativas, tais quais direito naturais e direitos humanos.

Não obstante a confusão terminológica, formou-se certo consenso ao se atribuir diferença entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos. Nesse sentido leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)¹.

Para além dessa distinção em relação ao âmbito de positivação, Ingo Sarlet aponta que o grau de efetivação dos direitos fundamentais, por incidirem dentro de uma ordem jurídica específica, é consideravelmente maior do que o grau de efetivação dos direitos humanos, até mesmo porque dentro desta ordem jurídica existem "instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos"².

Por outro lado, expressões como liberdades públicas³ e direitos públicos subjetivos pecam pela

*Bacharel em Direito laureado pela Universidade Salvador – UNIFACS, especialista em Direito Processual Civil, mestrando em Direito público pela Universidade Federal da Bahia. Atualmente é analista na Defensoria Pública da União em São Paulo, exercendo a função de assessor do defensor chefe.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-36.

² Ibidem, p. 40.

³ "A expressão 'liberdade pública' aparece na França no final do século XVIII, sendo expressamente empregada no art. 9º da Constituição de

reduzida margem à qual se referem. É que se a primeira expressão fica circunscrita a uma ideia de não intervenção na esfera individual, a segunda limita-se a uma noção individualista que, por certo, afasta aqueles direitos ditos transindividuais, os quais, muito mesmo por tal característica, são considerados direitos fundamentais.

Também a ideia de direitos naturais traz uma noção equivocada de um direito pré-existente que seria meramente descoberto e declarado pelo ordenamento jurídico; nesse sentido, Pérez Luño afirma que “o conceito dos direitos humanos tem como antecedente imediato a noção dos direitos naturais em sua elaboração doutrinal pelo iusracionalismo naturalista”⁴.

Essa ideia dos direitos naturais, conforme aponta André Ramos Tavares:

Compreende o processo de positivação dos direitos humanos como a consagração normativa de exigências que são prévias à própria positivação, ou seja, o reconhecimento, no plano das normas jurídicas, de faculdades que correspondem ao Homem pelo simples fato de sê-lo, vale dizer, em virtude de sua própria natureza⁵.

Esse vínculo entre a expressão direitos naturais e o jusnaturalismo a relegou ao desuso, em especial pela superação da referida linha jusfilosófica, de forma que a expressão preferida neste trabalho, em especial por ter seu âmbito de estudo circunscrito ao ordenamento brasileiro, é a dos direitos fundamentais.

1.793 daquele país. Neste se proclamava: ‘*la loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l’oppression de ceux qui gouvernent*’. O termo, empregado no singular, é ainda utilizado, da mesma forma, na exposição de motivos da Constituição de 1.814. A primeira vez em que apareceu o termo *liberté publiques* (plural) em Texto Constitucional foi precisamente no art. 25 da Constituição do II Império de 1.852. Atualmente, o Decreto ministerial de 30 de abril de 1.997 qualifica o tema como o emprego da expressão *Droit des Libertés Fondamentales* (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 406).

⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Delimitación conceptual de los derechos humanos. In: ____ (et al). *Los derechos humanos: Significación, estatuto rídico y sistema*. Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla, 1979. p. 17.

⁵ TAVARES, op. cit, p. 400.

3 Princípios, regras e postulados

Tanto a doutrina de Karl Larenz⁶ quanto a de Hans Kelsen⁷ traziam a ideia de que norma jurídica era apenas aquela formulada em estrutura de regra devido à ausência de caráter vinculativo dos princípios jurídicos.

A Teoria Pura acarretou a equiparação dos conceitos de Direito e lei ocupando-se da análise apenas do direito positivado⁸; visava, assim, afastar o valor de justiça, de forma que ao jurista só interessa a aplicação daquela norma, conhecendo-a e afastando todo o caráter axiológico – não se julga o direito positivo⁹.

Tal posição, conforme aponta Eros Roberto Grau, pode ser vista na crítica de Kelsen a Esser ao tecer comentários acerca da positivação dos princípios quando aquele afirma que princípios morais, políticos ou dos costumes “não podem ser chamados de jurídicos senão na medida em que influenciam a criação de normas jurídicas individuais pelas autoridades competentes”¹⁰, e assim o é pois o direito é isento de valores.

Nesse sentido, Friedrich Muller afirma que:

De acordo com a intenção da teoria pura do direito, a norma jurídica como juízo hipotético não deve mais apresentar nenhuma semelhança ideológica com a norma moral imperativa. O dever ser do direito positivo remanesce apenas como expressão do nexo de condição e consequência no enunciado jurídico. Na nova versão dessa teoria da norma jurídica, o caráter jurídico-científico também é de uma autossuficiência extremamente formalista; fica excluída outrossim, junto com tudo o que é

⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁸ Como bem aponta Friedrich Muller “A denominação usual da teoria kelseniana de “normativismo” é excessivamente otimista; ordens isoladas sem referência material carecem de acesso à normatividade. É verdade que Kelsen concebe somente na segunda edição da sua *Teoria Pura do Direito* a norma jurídica, agora distinguida do enunciado jurídico, como um imperativo à maneira de um quadro referencial; na primeira edição ela fora igualada ao enunciado jurídico (que apresenta a forma fundamental da lei) e caracterizada como juízo hipotético. Mas em ambos os casos está expurgada da norma jurídica a pergunta pela correção do seu conteúdo” (*in Teoria estruturante do Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 25).

⁹ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 47.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 46.

“metajurídico”, toda e qualquer normatividade concreta; resulta extremada a medida da objetividade, de acordo com um ideal extrajurídico de lógica formal. A distinção entre interpretação autêntica e não-autêntica corresponde à distinção entre norma jurídica e enunciado jurídico. Elaborados em interpretação não-autêntica pela ciência jurídica na forma de juízos hipotéticos, os enunciados jurídicos descrevem as relações constituídas pelas normas jurídicas entre os suportes fáticos por elas determinados sem vistas a valores ou valorações, que podem ser considerados metajurídicos. Com isso a ciência jurídica fornece enunciados, que devem conter “– assim como as leis da natureza das ciências naturais – uma descrição do seu objeto, isenta de valores”¹¹.

Não obstante, o desenvolvimento da ciência jurídica acabou afastando essa falsa percepção de que o Direito se dava de modo isento de valores.

Assim, vemos em Karl Larenz a importância dos princípios na identificação dos valores subjacentes à norma permitindo o preenchimento de lacunas e até mesmo o desenvolvimento judicial do Direito. Nesse sentido, embora não compreenda os princípios como normas jurídicas lhes atribui caráter jurídico, permitindo que a ponderação levada a cabo à luz desses princípios possua, por sua vez, natureza jurídica. Assim:

Por «valorar» ou «avaliar» deve entender-se, em primeiro lugar, um acto de tomada de posição. O objecto a avaliar será julgado como apetecível ou despidiendo, meritório ou não meritório, preferível a outro ou secundário em relação a ele. Algo que todas as pessoas ou uma pessoa de são entendimento considera apetecível chama-se um «bem», por exemplo, a paz, a saúde, a independência, a ausência de coacção e a necessidade. Uma actuação que fomenta ou contém este e outros bens aprovamo-la; uma actuação contrária desaprovamo-la. A aprovação ou desaprovação encontram a sua expressão num juízo de valor, que pode ser de natureza moral ou, se se orienta por princípios especificamente jurídicos, de natureza jurídica¹².

Já em Robert Alexy¹³ as normas jurídicas são divididas em duas espécies: as regras e os princípios. Destarte, os princípios jurídicos integram a estrutura da norma jurídica dos direitos fundamentais e a sua

distinção das regras torna-se uma das “colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”¹⁴.

Partindo dessa premissa Alexy traz dois critérios de distinção: um *prima facie* e outro referente à colisão das regras e dos princípios. Pelo critério *prima facie*,

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau¹⁵.

Por tais considerações, percebe-se que os princípios são mandados de otimização devendo ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes enquanto que as regras seriam mandados de determinação de forma que ou são cumpridas ou não na exata medida de sua disposição.

O segundo critério utilizado é aquele referente ao da colisão das normas, sendo que a solução do conflito entre regras se dá com a introdução em uma das regras de uma cláusula de exceção ou com a declaração de invalidade de uma das normas para a eliminação do conflito¹⁶.

Já em relação aos princípios, a sua colisão é resolvida de modo completamente diverso, por meio do critério do *peso* no caso concreto, é dizer, sob determinadas condições, um dos princípios irá prevalecer o que não implica a retirada do que ceder do ordenamento jurídico, tendo em vista que sob outras condições este poderá ter precedência.

Assim, para Alexy, “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem

¹¹ MULLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 26.

¹² LARENZ, *op. cit.*, p. 410.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁴ *Ibidem*, p. 85.

¹⁵ *Ibidem*, p. 90-91.

¹⁶ *Ibidem*, p. 92.

colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”¹⁷.

Criticando esses critérios, Humberto Ávila afirma a possibilidade de reformulação parcial do critério do modo final de aplicação na medida em que também as regras poderiam ser ponderadas mediante considerações sobre aspectos concretos e individuais¹⁸, enquanto os princípios também seriam ou não aplicados: “ou o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas é adotado, ou não é adotado. Por isso, defender que os princípios sejam aplicados de forma gradual é baralhar a norma com os aspectos exteriores, necessários a sua aplicação”¹⁹.

A proposta de Humberto Ávila, por conseguinte, produz uma reformulação parcial dos conceitos de regras e princípios na medida em que afirma que:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção²⁰.

Agregados às regras e aos princípios encontramos na doutrina de Ávila os chamados postulados normativos que integram a estrutura das normas jurídicas. Assim, ao contrário de Alexy que afirma categoricamente que “toda norma é ou uma regra ou um princípio”²¹, Humberto Ávila fundamenta uma construção tricotômica da norma jurídica dividindo-a em regras, princípios e postulados.

A categoria dos postulados normativos, por sua vez, pode ser dividida em duas espécies: os postulados hermenêuticos “destinados a compreensão em geral

do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta”²², sendo caracterizados, portanto, como normas secundárias.

Não obstante a doutrina de Ávila, parece-nos que a distinção entre regras e princípios são bem delineadas já com Alexy não podendo ser aceita a ideia de que as regras são ponderáveis. Quando Humberto Ávila afirma tal possibilidade, acaba por considerar como ponderável a regra, quando em verdade a ponderação é do próprio princípio que lhe é subjacente. Tal confusão é percebida na seguinte passagem:

Os casos acima enumerados, aos quais outros poderiam ser somados, indicam que a consequência estabelecida *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores aquelas que justificam a própria regra. Ou se examina a razão que fundamenta a própria regra (*rule's purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*). Essas considerações bastam para demonstrar que não é adequado afirmar que as regras *possuem* um modo absoluto *tudo ou nada* de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito a estrutura das normas, mas a sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados²³.

Percebe-se que Humberto Ávila, ao justificar a inaplicabilidade do tudo ou nada na colisão de regras, a justifica por meio da ponderação não desta mesma regra, mas sim dos bens jurídicos e dos princípios que lhes são subjacentes. Deste modo, a ponderação continua situada no âmbito dos princípios embora sua consequência possa ser a não aplicação de uma regra.

O que ocorre aqui, no entanto, nada mais é do que ou a declaração de invalidade de uma das normas, devido aos valores impregnados no ordenamento, ou a criação de uma regra de exceção para a não aplicação da regra, o que, como já dito, é defendido por Alexy.

Ademais, seguimos a crítica feita por Luís Virgílio Afonso da Silva ao afirmar que:

²² ÁVILA, *op. cit.*, p. 124.

²³ *Ibidem*, p. 47.

¹⁷ ALEXY, *op. cit.*, p. 94.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48.

¹⁹ *Ibidem*, p. 50.

²⁰ *Ibidem*, p. 78.

²¹ ALEXY, *op. cit.* p. 91.

Também as redefinições que Ávila sugere para os conceitos de regra e princípios mais confundem do que esclarecem. Confundem sobretudo por inserir um sem número de elementos nas definições que, além de dificultar sobremaneira sua inteligência, não são elementos imprescindíveis à correta e suficiente distinção entre os dois conceitos²⁴.

Observando esse panorama, a questão a se saber é a do enquadramento das normas de direitos fundamentais nessas categorias. Afinal, ao aplicar uma tal norma estaríamos diante de princípios, regras ou postulados?

É o que se passa a analisar.

4 A estrutura normativa dos direitos fundamentais

Robert Alexy alterca o fracasso dos modelos puros de regras e princípios no estabelecimento estrutural das normas de direitos fundamentais. O referido autor afirma que:

O modelo puro de regras fracassa em todas as três formas de regulamentação dos direitos fundamentais consideradas acima. É possível supor que esse modelo é insuficiente também para as outras formas de regulação encontrada na Constituição Alemã. O modelo puro de princípios foi rejeitado porque ele não leva a sério as regulações adotadas pela Constituição. Quando duas formas puras e antagônicas não são aceitáveis, deve-se considerar a possibilidade de uma forma mista ou combinada, ou seja, de um modelo combinado. Um tal modelo é o modelo de regras e princípios, que surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras²⁵.

Com tal crítica, o autor aponta que a apreensão das normas de direitos fundamentais sob o prisma exclusivo de uma das categorias seria insuficiente para a sua adequada compreensão, sendo necessária a amálgama entre os modelos baseado em princípios e em regras constituindo-se, portanto, de um sistema constitucional de caráter dúplice.

Humberto Ávila²⁶, por seu turno, afirma que a norma jurídica não se confunde com o dispositivo normativo tendo a interpretação um caráter constitutivo do Direito. Partindo de tal ponto tem-

se a compreensão de que a formulação linguística do dispositivo não deve, *a priori*, estabelecer se uma determinada norma será considerada como regra ou como princípio. Assim:

[...] é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar a conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais a realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.

O decisivo, por enquanto, é saber que a qualificação de determinadas normas como princípios ou como regras depende da colaboração constitutiva do intérprete.

Essa posição parece ser parcialmente condizente com os ensinamentos de Alexy, eis que para este as *disposições* de direitos fundamentais possui um caráter duplo podendo estatuir tanto uma regra quanto um princípio, mas afirma que tal característica é meramente contingente nas *normas* de direitos fundamentais que serão ou regra ou princípio, podendo ter caráter dúplice apenas quando formuladas com o intuito de englobar ambos os níveis.

Vale destacar, ademais, que a categoria dos postulados posta como autônoma²⁷ na obra de Humberto Ávila deve ser aqui indicada como integrante também da estrutura normativa dos direitos fundamentais, é dizer, além de serem formulados como princípios ou regras, essa gama normativa também pode ser construído como um postulado hermenêutico ou aplicativo.

²⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 76.

²⁵ ALEXY, *op. cit.*, p. 135.

²⁶ ÁVILA, *op. cit.*, p. 34

²⁷ Uma noção aproximada dos direitos fundamentais como postulado, embora não o diga expressamente, pode ser abstraído também em Robert Alexy quando este analisa o efeito irradiante dos Direitos Fundamentais, em especial em sua face objetiva (ALEXY, *op. cit.*, p. 524 e ss).

Nestes termos apreendida a norma de direito fundamental é polivalente e, a depender de como extraída do texto normativo, pode ter uma estrutura de regra, de princípio ou de postulado.

Verifique-se, destarte, que se a norma de direito fundamental possuir um estrutura de regra, ela conduzirá a um princípio que lhe é subjacente e a um postulado que guie a aplicação dessa regra para a consecução do objetivo traçado pelo princípio. Desta forma, a regra se mostra como um instrumento de concretização do mandado de otimização traçado pela regra cuja aplicação será conduzida por um postulado.

Exemplificativamente vemos o art. 5º, II, da Constituição Federal que preconiza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim formulada pode-se extrair uma regra que afirma que apenas a lei pode obrigar um indivíduo a agir de determinada forma. Isto é um mandado de determinação que reserva à legislação a restrição da liberdade individual.

A partir dessa regra pode-se buscar um princípio que lhe é subjacente e que determina que, na maior medida possível, será assegurado ao indivíduo a liberdade de autodeterminação e autocondução ao mesmo tempo em que se extrai um postulado normativo que orienta tanto a criação quanto a aplicação da norma ao se determinar, v.g., que as leis devam limitar em menor escala possível esta liberdade individual respeitando outros fins constitucionalmente previstos, p.ex., limita-se a liberdade de contratar para assegurar a isonomia material como o ocorre nas relações consumeiristas.

Essa natureza polivalente dos direitos fundamentais permite uma maior consciência na definição, aplicação e efetivação dos direitos fundamentais evitando argumentos que esvaziem o seu conteúdo, tal como comumente procedido com a dignidade da pessoa humana.

5 Os direitos fundamentais como direito subjetivo

A expressão direitos subjetivos, como já apontava Alf Ross²⁸, é utilizada para descrever uma situação jurídica sendo composto pelos seguintes elementos: sujeito, conteúdo, objeto e proteção.

Para a presente pesquisa merecem análise tanto o conteúdo quanto a proteção do direito subjetivo bastando indicar, para o elemento sujeito que

[...] é mister fazer distinções relativamente à posição do sujeito em relações diversas, em particular aquela do sujeito do interesse dos processos e da alienação. Em situações típicas esses sujeitos coincidem num sujeito geral simples. Em situações atípicas, estão separados²⁹.

Ao se referir ao objeto, Alf Ross aponta que este indica o objeto físico que está incluso para a determinação do conteúdo do próprio direito subjetivo, mas que tal elemento é próprio dos direitos subjetivos reais sendo dificilmente aplicável aos direitos *in personam*³⁰.

Gozando de maior importância, temos os elementos do conteúdo do direito subjetivo e de sua proteção, sendo que em relação ao primeiro o autor escandinavo afirma que:

Em sentido mais amplo o conteúdo do direito subjetivo inclui tanto a faculdade (*claim*) que o titular do direito (*right*) dispõe contra outros quanto seu poder para fazer valer essa faculdade mediante a instauração de processos, e o poder para alienar o direito. Visto que, entretanto o poder de instaurar processos e o poder de alienar são acessórios da faculdade principal – e, portanto, elementos constantes que a apreem nos diferentes direitos subjetivos – é preferível restringir a idéia do conteúdo à faculdade específica em virtude da qual um direito se distingue do outro³¹.

Dessa forma, o conteúdo do direito subjetivo fica restrito à faculdade que é conferida ao seu titular, faculdade esta específica e que o diferencia dos demais direitos subjetivos.

Não obstante, esta faculdade, conforme o próprio Alf Ross aduz, “nada é sem a tutela do aparato jurídico”³², isto porque a mera posituação sem uma instrumentalização que a torne eficaz se reduz à mera demagogia aplacando as vontades, mas concretamente nada concedendo.

Com base neste fato, a proteção ao direito torna-se elemento essencial para a caracterização do direito subjetivo visto que,

²⁹ Ibidem, p. 218.

³⁰ Ibidem, p. 218.

³¹ Ibidem, p. 218.

³² Ibidem, p. 219.

²⁸ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

[...] uma faculdade equivale, quanto à sua função jurídica, à possibilidade de obter uma sentença contra a pessoa obrigada, a proteção processual (ou estática) de um direito é apenas um outro aspecto do conteúdo do mesmo. Uma faculdade nada é sem a tutela do aparato jurídico. Ao mesmo tempo, a própria faculdade pode receber proteção através de diferentes reações jurídicas (aplicação de uma pena, condenação a realizar o ato devido, restituição, indenização por danos e prejuízos)³³.

Em linha semelhante de inteligência, Hans Kelsen afirma que o direito subjetivo nada mais é do que um reflexo do dever exigível, é dizer, a visualização do conteúdo de um direito somente poder ocorrer mediante análise do dever que é posto ao outro, uma vez que é por meio dele que se dá a circunscrição do próprio conteúdo do direito subjetivo.

Nesses termos leciona Kelsen que:

Esta situação, designada como *direito* ou *pretensão* de um indivíduo, não é porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros. Se, neste caso, se fala de um direito subjetivo ou de uma pretensão de um indivíduo, como se este direito ou esta pretensão fosse algo de diverso do dever do outro (ou dos outros), cria-se a aparência de duas situações juridicamente relevantes onde só uma existe. A situação em questão é esgotantemente descrita com o dever jurídico do indivíduo (ou dos indivíduos) de se conduzir por determinada maneira em face de um outro indivíduo. Dizer que um indivíduo é obrigado a uma determinada conduta significa que, no caso da conduta oposta, se deve verificar uma sanção; o seu dever é a norma que prescreve esta conduta enquanto liga uma sanção à conduta oposta. Quando um indivíduo é obrigado em face de outro a uma determinada prestação, é a prestação a receber pelo outro que forma o conteúdo do dever; apenas se pode prestar a outrem algo que esse outrem receba. E, quando um indivíduo está obrigado em face de outrem a suportar uma determinada conduta deste, é a tolerância desta mesma conduta que constitui o conteúdo do dever. Quer dizer: a conduta do indivíduo em face do qual o dever existe, correlativa da conduta devida, está já conotada na conduta que forma o conteúdo do dever. Se se designa a relação do indivíduo, em face do qual uma determinada conduta é devida, com o indivíduo obrigado a essa conduta como *direito*, este direito é apenas um reflexo daquele dever³⁴.

Essa correlação entre direito e dever também pode ser abstraída de Karl Larenz quando este, ao caracterizar uma norma jurídica, afirma que a

configuração de uma proposição jurídica se dá com a pretensão de validade no sentido de uma exigência vinculante de comportamento³⁵.

Essa exigência vinculante de comportamento inclui não apenas a consequência jurídica, dadas as circunstâncias fáticas, mas também a percepção de um dever correlato que assegure tal consequência.

A partir dessa premissa pode-se dizer que se um direito subjetivo fosse mera descrição de uma situação nós estaríamos diante de uma proposição enunciativa e não normativa de forma que tal disposição encontrasse-se fora do ordenamento jurídico³⁶. Tal posição seria dificilmente defendida pela doutrina atual.

Não obstante, é em Alexy que encontramos posição doutrinária pela qual mesmo sendo considerados direitos subjetivos, os direitos fundamentais não possuem um dever correlato exigível, até mesmo porque a exigibilidade, para o autor, não integra essencialmente o seu conteúdo. Assim,

Não parece ser imprescindível que se fale em direito somente se estiver presente a capacidade jurídica para a sua exigibilidade, por exemplo, por meio de uma demanda judicial. Embora seja possível definir o conceito de direito subjetivo dessa maneira, uma tal definição estipulativa não apenas não reflete o uso corrente da linguagem, como também não seria frutífera para o conhecimento dos sistemas jurídicos³⁷.

Em sentido semelhante, Gustavo Amaral defende uma natureza de direitos sem deveres correlatos, baseando-se no fato de que “a equivalência binominal direito-dever decorre de postulados do Direito Civil”³⁸ que seria incompatível com a estrutura dos direitos fundamentais.

Afirma o autor que a ideia de dever como elemento do próprio direito está baseada, no Direito

³⁵ É característico de uma *regra*, no sentido aqui pensado, em primeiro lugar, a sua pretensão de validade, quer dizer, ser o sentido a ela correspondente uma exigência vinculante de comportamento ou ser uma pauta vinculante de julgamento — o seu carácter normativo; em segundo lugar, a sua pretensão de possuir validade, não só precisamente para um determinado caso, mas para todos os casos de *tal espécie*, dentro do seu âmbito espacial e temporal de validade — o seu carácter geral (LARENZ, 1997, p. 349).

³⁶ “Regra do Direito tem a forma linguística de uma proposição, a *proposição jurídica*. É dela que se vai tratar em seguida. A proposição jurídica deve distinguir-se, em virtude do sentido normativo que lhe é correspondente, de uma proposição enunciativa, que contém uma afirmação de factos ou uma constatação” (Idem, *Ibidem*, p. 350).

³⁷ ALEXY, *op. cit.*, p. 189.

³⁸ AMARAL, *op. cit.*, p. 58.

³³ *Ibidem*, p. 219.

³⁴ KELSEN, *op. cit.*, p. 89-90.

Civil, na autonomia da vontade ou de alguma forma de responsabilidade causal³⁹, característica ausente nos direitos humanos que decorriam “do mero fato de pertencer à humanidade, ou da afiliação a uma dada sociedade”⁴⁰.

Que tal premissa é equivocada parece-nos bastante claro, tendo em vista que o binômio direito-dever parte não do estudo do Direito Civil, em especial do obrigacional, mas sim da própria Teoria Geral do Direito e se assenta na noção de que direito inexigível não é direito, mas apenas paliativo para as vontades populares.

Note-se, nessa senda, que Kelsen, embora confundindo os planos de validade, eficácia e existência⁴¹, afirma peremptoriamente que norma integralmente ineficaz não pode ser válida, sendo, nesse sentido, inexistente no ordenamento jurídico.

Em que pese não concordamos com a vinculação realizada por Kelsen entre os planos de eficácia, validade e existência da norma jurídica, devemos afirmar que a norma não precisa ser eficaz para ser válida ou existente, mas deve gozar de pretensão de ser vinculativa, caso contrário, seguindo a doutrina de Larenz, não estamos diante de uma proposição jurídica, mas apenas de uma proposição enunciativa onde irá se descrever uma situação fática ideal sem que haja qualquer intenção política ou meios de coação jurídicos idôneos para forçar a sua consecução.

³⁹ Ibidem, p. 58.

⁴⁰ Ibidem, p. 59.

⁴¹ Embora o autor trace distinção entre a eficácia e a validade das normas afirma que “A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato de ser que a põe, se não identifica com este ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são - tal como o ato que estabelece a norma - condição da validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes. Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento da validade. Fundamento da validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes. A fixação positiva e a eficácia são pela norma fundamental tornadas condição da validade. A eficácia é-o no sentido de que deve acrescer ao ato de fixação para que a ordem jurídica como um todo, e bem assim a norma jurídica singular, não percam a sua validade” (KELSEN, Hans, *op cit.* p. 148).

Talvez por isso, de forma um tanto contraditória, Gustavo Amaral afirme que os direitos humanos são direitos sem deveres correlatos, mas que ao mesmo tempo há um dever estatal contraposto de atender as exigências formuladas ou justificar o porquê não o fez⁴².

Verifica-se, destarte, que a compreensão dos direitos fundamentais como direitos subjetivos sem deveres correlatos ou sem exigibilidade redundam na criação de uma legislação simbólica impregnada apenas de uma face negativa.

Em verdade, se assim entendidos, esta característica normativa acabaria formando uma legislação-álibi que, conforme expôs Marcelo Neves,

[...] decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, eis que as variáveis normativo-jurídicas se defrontam com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos [...]. A resolução dos problemas da sociedade dependeria então da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, sem, contudo, normalizar as respectivas relações sociais.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político [...] desempenhando uma função ideológica. Mas parece muito limitada e simplista a concepção que considera, no caso da legislação-álibi, o legislador como quem ilude e o cidadão como o iludido. Em primeiro lugar, deve-se observar que, face à “perda de realidade da legislação” em um mundo que se transforma aceleradamente, confundem-se o real e a encenação, “desaparecem também os contornos entre desejo e realidade”, “ilusão e autoilusão tornam-se indiferenciáveis”, de tal maneira que “líderes políticos não são apenas produtores, mas também vítimas de interpretações simbólicas”. A legislação-álibi implica uma tomada de papéis sociais tanto pelas elites que encenam, quanto por parte do público-espectador, não podendo ser restringida a atividades conscientes das elites para alcançar seus fins; eis que tentativas de manipulação desse tipo

⁴² AMARAL, *op. cit.*, p. 55, nota 34.

“tornam-se usualmente conhecidas” e tendem ao fracasso. Entretanto, embora seja de relativizar-se os conceitos de manipulação e de ilusão, é evidente que a legislação-álibi pode induzir “um sentimento de bem-estar” (“resolução de tensão”), portanto, servir à lealdade das massas⁴³.

Em conclusão, que todos os direitos fundamentais são direitos que possuem um dever exigível correlato não nos parece ser equivocado, mas em quais termos e em que extensão eles o são é algo a ser analisado na próxima seção.

6 Eficácia e exigibilidade dos direitos fundamentais

A força vinculativa das normas constitucionais defendida desde Konrad Hesse⁴⁴ parece ter sido remoldurada com a festejada classificação trazida por José Afonso da Silva⁴⁵ quando este trata das normas de eficácia plena, contida e limitada.

Em breve resumo, as normas de eficácia plena seriam aquelas que

desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular⁴⁶.

De forma semelhante, as normas de eficácia contida possuem aplicabilidade direta, mas são potencialmente restringíveis por normas infraconstitucionais. Não obstante, sua eficácia não fica condicionada à existência de norma inferior como ocorre nas normas de eficácia limitada.

Para esta última categoria, o autor defende um mínimo de eficácia, mas condiciona a sua aplicação integral nas situações concretas à ação do legislador infraconstitucional ou de outros órgãos estatais, aceitando que elas

regem, até onde possam [...] situações, comportamentos e atividades na esfera de alcance do princípio ou esquema que contém, especialmente condicionando a atividade dos órgãos do Poder

Público e criando situações jurídicas de vantagens ou de vínculo⁴⁷.

Em síntese, as normas de eficácia limitada, por tal doutrina, possuem por si só uma eficácia circunscrita apenas à orientação na criação de outras normas ou na vinculação negativa do poder estatal.

Assim, deve-se ter cuidado ao vincular as noções das diferentes gerações/dimensões das normas com a classificação tricotômica acima esboçada, o que geraria inúmeros equívocos na aplicação dos direitos fundamentais.

Por tal caminho, a primeira geração de direitos fundamentais, que reúne aqueles que visavam à proteção das liberdades individuais e à imposição de limites ao Estado⁴⁸, poderia ser correlacionada às normas de eficácia plena, em especial devido ao seu caráter *prima facie* negativo.

Por seu turno, os direitos de segunda geração, aqueles ditos sociais, por possuírem como nota distintiva o seu caráter positivo, prestacional, ensejando a intervenção estatal⁴⁹ para a consecução do bem-estar social⁵⁰, tornaria fácil o seu enquadramento em normas de eficácia limitada.

Não obstante, a análise promovida por Stephen Holmes e Cass Sustein demonstra a falsidade da afirmação de que os direitos classicamente ditos negativos exigem exclusivamente omissões do Estado, assim:

Are the liberties protected under the Bill of Rights wholly negative? Do they require the state to refrain from acting without requiring the state to act?

Some constitutional rights depend for their existence on positive acts by the state, and the government is therefore under a constitutional duty to perform, not to forbear, under the Constitution as it stands. [...]

Pratically speaking, the government “enfranchises” citizens by providing the legal facilities, such as polling stations, without which they could not exercise their rights⁵¹.

⁴⁷ Ibidem, p. 164.

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 51.

⁴⁹ Note-se que a eficácia limitada está associada não apenas à necessidade de uma intermediação legislativa, mas antes pode necessitar também da atuação de órgãos estatais o que não ocorre nas de eficácia plena ou nas de eficácia contida.

⁵⁰ SARLET, *op. cit.*, p. 55-56.

⁵¹ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 52-53.

⁴³ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 49-50.

⁴⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁴⁶ Ibidem, p. 101.

Nesses termos, parece-nos que a classificação entre gerações/dimensões dos direitos fundamentais deve pautar-se em outro fundamento que não a existência ou inexistência de obrigações comissivas do poder estatal, é dizer, independentemente da dimensão, poderá ou não haver normas de eficácia limitada ou plena não sendo tal critério lastro suficiente para sustentar a diferenciação.

Exemplificativamente basta pensar no direito à sindicalização, considerado como direito social, mas que estruturalmente assemelha-se muito mais aos direitos de *primeira dimensão* devido ao seu caráter primariamente negativo.

Gustavo Amaral, atento à impropriedade dos critérios utilizados para a classificação ordinária, traz uma distinção baseada na essencialidade da ação estatal, assim,

[...] cumpre ver que há “direitos” cuja eficácia não depende *necessariamente* de uma ação estatal. A liberdade de expressão e de credo são bons exemplos disso. De outro lado, há “direitos” cuja eficácia depende *intrinsecamente* de uma conduta estatal positiva, como os direitos ligados à assistência social. Para facilitar, chamemos nos próximos parágrafos de “direitos parcialmente independentes” aqueles que não dependem necessariamente da ação estatal, e de “direitos dependentes” aqueles cuja dependência é intrínseca.

A diferença perceptível entre os direitos parcialmente dependentes e os dependentes estaria na própria resolução quando presente uma colisão sendo que nos primeiros a solução estaria em um conflito de delimitação⁵² e nos segundos haveria necessariamente a análise dos custos dos direitos.

A percepção dos custos dos direitos e sua análise na efetivação dos direitos fundamentais, em especial nos direitos fundamentais a uma prestação, aqueles chamados por Gustavo Amaral de necessariamente dependentes, é questão das mais tormentosas quando se passa à análise da eficácia desses direitos, o que dividiu a doutrina entre aqueles que acreditam na eficácia, independente de se analisar a escassez de

recurso, e aqueles que a põe como elemento essencial para a sua efetivação.

Dentro desta dicotomia concordamos com Dirley da Cunha Junior quando este afirma que:

[...] na hodierna dogmática constitucional, com o reconhecimento de um direito fundamental à efetivação da Constituição, assiste-se, sem dúvida, a um deslocamento da doutrina dos *direitos fundamentais dentro da reserva de lei* para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*, de tal modo que é incogitável negar o caráter jurídico e, conseqüentemente, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais sociais, que são autênticos direitos subjetivos. Todos os direitos sociais geram imediatamente posições jurídicas favoráveis aos indivíduos, exigíveis desde logo, inobstante possam apresentar teores eficácias distintos. Esses direitos, portanto, “são verdadeiros ‘direitos subjetivos’, na acepção mais comum da palavra”, máxime quando necessários à garantia do padrão mínimo social⁵³.

Não obstante, a escassez dos recursos é problema que não pode ser ignorado ainda quando diante de questões que envolvam o mínimo existencial, eis que, como bem conclui Gustavo Amaral, “a ideia de escassez traz consigo a noção de *trade-off*. Sem tradução exata para o português, podemos dizer que a alocação de recursos escassos envolve, simultaneamente, a escolha do que atender e do que não atender”⁵⁴, de forma que as decisões alocativas podem salvaguardar o mínimo existencial de um indivíduo, ao tempo em que viola o mínimo existencial de muitos outros devido a este deslocamento dos recursos.

Com esta conclusão, destarte, aceitamos parcialmente a solução oferecida por Gustavo Amaral para o qual,

[...] O Judiciário, ao apreciar demandas individuais ou coletivas relativas a pretensões positivas, deve ponderar o grau de essencialidade da pretensão, em função do mínimo existencial e a excepcionalidade da situação, que possa justificar a decisão alocativa tomada pelo Estado que tenha resultado no não atendimento da pretensão.

Aceitamos parcialmente, pois, embora esta decisão alocativa possa ser revista pelo Poder Judiciário e o Estado tenha a possibilidade de se esquivar da efetivação do direito fundamental no caso concreto devido às ponderações referentes à essencialidade x excepcionalidade, isto não possui o condão de retirar a eficácia da referida norma fundamental, é dizer, a

⁵² Nesses casos, diante de uma demanda concreta, o Estado é chamado para dizer, nas circunstâncias concretas, qual direito prevalece. Discute-se acerca da localização lógica dos fatos, se dentro do domínio de um direito ou de outro. A decisão estatal resolverá a disputa asseverando estar a situação concreta aquém ou além dos limites de um direito e não de outro, *retroagindo* a decisão à data dos fatos, de modo que, juridicamente, dir-se-á que jamais houve para a situação concreta o direito negado, mas apenas o afirmado, tanto que ao vencido costumam ser aplicadas sanções (AMARAL, *op. cit.*, p. 45)

⁵³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 294

⁵⁴ AMARAL, *op. cit.*, p. 150.

escassez não retira do indivíduo o direito subjetivo fundamental que lhe foi deferido, mas apenas impede que ele seja efetivado naquele momento.

Essa ausência de efetivação, embora escusável, não o retira de sua esfera jurídica, de forma que embora possa se negar a efetivá-lo continua a violá-lo o que legitimaria, como em qualquer infração a direito, o pleito à indenização a qual estará submetida às limitações orçamentárias como qualquer outra dívida do Poder Público.

Com tal solução evita-se o esvaziamento da força normativa dos direitos fundamentais ao tempo em que não se olvida de uma questão que não pode ser negada, por mais que a vontade política o deseje: o problema da escassez dos recursos.

Conclusão

Por tudo que foi exposto, podemos afirmar que a expressão *direitos fundamentais*, preferível às demais quando pretende-se tratar de direito positivado em determinada sociedade, deve ser utilizada para designar um direito subjetivo que impõe um dever correlato para a sua efetivação sob pena de figurar como mera proposição enunciativa restando situada fora do ordenamento jurídico.

Esse direito subjetivo fundamental poderá ter a estrutura normativa tanto de uma regra quanto de um princípio ou a de um postulado, tendo em vista que será assim definido apenas com a participação criativa do intérprete/aplicador do direito.

A partir dessas premissas vemos que a eficácia das normas de direitos fundamentais poderá ou não depender de uma atuação comissiva do Estado quando ficará sujeita à análise da escassez de recursos o que viabilizaria a escusa do Poder Público em sua efetivação.

Não obstante, embora escusável, a ausência de efetivação do direito fundamental não o retira da esfera jurídica do indivíduo, de forma que embora remanesce a sua violação legitimando, como em qualquer infração a direito, o pleito à indenização a qual estará submetida às limitações orçamentárias como qualquer outra dívida do Poder Público.

Referências

- ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.
- HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MULLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Delimitación conceptual de los derechos humanos*. In: ____ (et al). *Los derechos humanos: Significación, estatuto rídico y sistema*. Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla, 1979.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.